

Subsidievaststelling op nihil is niet onevenredig

Citation for published version (APA):

van den Brink, J. E. (2017). Subsidievaststelling op nihil is niet onevenredig. *AB Rechtspraak Bestuursrecht (AB)*.

Document status and date:

Published: 01/01/2017

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

gelegd. Ter zitting heeft het college dat standpunt herhaald en te kennen gegeven dat het de aanvullende verklaring slechts zijdelings heeft gezien.

6.3. De zinsnede in het besluit van 16 juni 2014, dat het belang van appellant evident ligt bij vaststelling van de subsidie conform de verleningsbeschikking, geeft er geen blijk van dat de belangen van appellant daadwerkelijk zijn gewogen bij het genomen besluit. Het college heeft zich met deze zinsnede slechts in zeer algemene zin uitgelaten over een ander besluit dan dat het genomen heeft, te weten een besluit waarbij de subsidie conform de verlening zou zijn vastgesteld.

Het college heeft verder miskend dat de vraag naar de evenredigheid van de lagere vaststelling ertoe noopte de aanvullende verklaring te bezien en deze in de belangenafweging te betrekken. Indien met de aanvullende verklaring, daargelaten dat deze na de daarvoor geldende termijn is overgelegd, aan de verplichting zou zijn voldaan, kan daarin een aanwijzing zijn gelegen dat het onevenredig is de subsidie desondanks op nihil vast te stellen. Uit het onder 6.2 overwogene volgt echter dat het college heeft nagelaten de verklaring inhoudelijk te beoordelen. Het vaststellingsbesluit is daarom niet zorgvuldig voorbereid en berust niet op een zorgvuldige belangenafweging.

In zoverre slaagt het betoog.

7. De conclusie is dat het besluit van 16 juni 2014 is genomen in strijd met de artikelen 3:2 en 3:4, eerste lid, van de Awb. Met het oog op een spoedige beslechting van het geschil zal de Afdeling het college op de voet van artikel 8:51d van de Awb opdragen om met inachtneming van hetgeen hiervoor is overwogen een nieuw besluit op het door appellant gemaakte bezwaar te nemen. Daarbij dient de aanvullende verklaring op voorrekenbare wijze te worden betrokken. Het college dient dit besluit aan appellant en aan de Afdeling te zenden. Daartoe zal de Afdeling een termijn stellen.

8. In de einduitspraak zal worden beslist over de proceskosten en vergoeding van het betaalde griffierecht.

Bestissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

— draagt het college van gedeputeerde staten van Noord-Holland op om binnen acht weken na de verzending van deze uitspraak met inachtneming van hetgeen daarin is overwogen een nieuw besluit te nemen en dit aan appellant en de Afdeling toe te zenden.

Noot

Zie mijn noot onder AB 2017/197.

J.E. van den Brink

AB 2017/197

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

7 september 2016, nr. 201503981/2/A2

(Mrs. C.J. Borman, B.P. Vermeulen, G.T.J.M. Jurgens)

m.nt. J.E. van den Brink

Art. 3:2, 3:4 lid 1, art. 4:46 Awb

ECLI:NL:RVS:2016:2402

Subsidievaststelling op nihil is niet onevenredig. Dat nihilstelling ernstige financiële gevolgen heeft voor de subsidieontvanger leidt vanwege ernst tekortkoming en de mate waarin deze de subsidieontvanger kan worden verweten niet tot ander oordeel.

Het college mocht zich vanwege het voorgaande op het standpunt stellen dat appellant met de aanvullende verklaring en de daarbij gevoegde lijst en bankafschriften niet inzichtelijk heeft gemaakt of de subsidie is besteed voor de activiteiten waarvoor deze is verleend. Dat het college tegenover de verklaring niet een andere accountantsverklaring heeft geplaatst, leidt niet tot een ander oordeel. [appellant] wordt niet tegengeworpen dat de aanvullende verklaring ondeugdelijk zou zijn, maar dat hij ook met die verklaring onvoldoende informatie heeft overgelegd om aan de verantwoordingsplicht te voldoen.

Nu het college appellant een subsidie heeft verleend van € 167.200 en een voorschot heeft uitgekeerd van € 133.760, en appellant blijkens het voorgaande slechts € 856,26 aan uitgaven heeft verantwoord, mocht het college zich op het standpunt stellen dat het niet onevenredig is om de subsidie vast te stellen op nihil. Dat de vaststelling op nihil ernstige financiële gevolgen heeft voor appellant, zijn onderneming en het project, leidt vanwege de ernst van de tekortkoming in de verantwoording en de mate waarin deze appellant kan worden verweten, niet tot een ander oordeel.

Appellant,
en

Het college van gedeputeerde staten van Noord-Holland.

Procesverloop

Bij besluit van 24 oktober 2013 heeft het college een aan appellant verleende subsidie vastgesteld op nihil en het verleende voorschot teruggevorderd.

Bij besluit van 16 juni 2014 heeft het college het door appellant daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 8 april 2015 heeft de rechtbank het door appellant daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak heeft appellant hoger beroep ingesteld.

Het college heeft een verweerschrift ingediend.

Appellant heeft nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 30 november 2015, waar appellant, vergezeld door N.H.G. Beltman, en het college, vertegenwoordigd door mr. J.A.C.M. Nielen, advocaat te Haarlem, zijn verschenen.

Bij tussenuitspraak van 3 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:205, heeft de Afdeling het college opgedragen om binnen acht weken na de verzending van de tussenuitspraak een nieuw besluit te nemen en dit aan appellant en de Afdeling toe te zenden. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Bij besluit van 9 maart 2016 heeft het college, opnieuw beslissend, het door appellant tegen het besluit van 24 oktober 2013 gemaakte bezwaar ongegrond verklaard en dat besluit met aanvullende motivering gehandhaafd.

Appellant heeft een zienswijze op dit besluit naar voren gebracht.

De Afdeling heeft met toepassing van artikel 8:57, tweede lid, aanhef en onder c, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) bepaald dat een nader onderzoek ter zitting achterwege blijft, en het onderzoek gesloten.

Overwegingen

Aanleiding van het hoger beroep

1. Appellant heeft een subsidie aangevraagd op grond van de Uitvoeringsregeling stimulering verbetering luchtkwaliteit Noord-Holland 2010. De aanvraag van appellant ziet op de ontwikkeling van een netwerk voor milieuvriendelijk goederenvervoer over de Amsterdamse grachten. Bij besluit van 2 juni 2010 heeft het college appellant een subsidie verleend tot een bedrag van maximaal € 167.200 en een voorschot uitgekeerd ter grootte van € 133.760. Het college heeft aan de subsidie de verplichting verbonden om bij de aanvraag om vaststelling, na het afronden

van de activiteiten, een schriftelijke verslaglegging van de activiteiten en een financiële verantwoording met accountantsverklaring over te leggen.

2. Appellant heeft op 31 juli 2013 verzocht de subsidie vast te stellen. Daarbij heeft hij onder meer een accountantsverklaring van diezelfde datum overgelegd, waarin de accountant verklaart dat naar diens oordeel de subsidie declaratie van € 634.870 over de periode van 1 november 2009 tot en met 31 juli 2013 in alle materieel van belang zijnde aspecten is opgesteld in overeenstemming met de vigerende Algemene Subsidieverordening Noord-Holland (hierna: ASV) en/of de desbetreffende uitvoeringsregeling. De accountant heeft vermeld dat hij de girale betaling van vrijwel alle uitgaven niet heeft kunnen vaststellen, omdat de toegang tot de bankrekening ten tijde van het onderzoek was geblokkeerd. Dat doet volgens de accountant geen afbreuk aan zijn oordeel, omdat alle uitgaven door de leverancier zijn bevestigd.

Bij brief van 16 april 2014 (hierna: de aanvullende verklaring) heeft de accountant in antwoord op door [appellant] gestelde vragen verklaard dat hij bij het uitvoeren van zijn controle kennis heeft genomen van de ASV en de subsidieverplichtingen die in het verleningsbesluit van 2 juni 2010 zijn vermeld. Verder heeft de accountant verklaard dat hij thans aan de hand van de bankafschriften over 2010 een bedrag van € 128.200,98 aan extra kosten (lees: subsidieabele kosten) heeft kunnen vaststellen. Bij de brief zijn een controlelijst van betalingen en bankafschriften gevoegd.

3. Het college heeft aan de vaststelling van de subsidie op nihil en de terugvordering van het uitgekeerde voorschot ten grondslag gelegd dat [appellant] niet heeft voldaan aan de verplichting rekening en verantwoording af te leggen op de door het college voorgeschreven wijze. Daarbij heeft het college in aanmerking genomen dat de door appellant overgelegde accountantsverklaring van 31 juli 2013 niet de gegevens bevat die nodig zijn voor een controle op de besteding van de subsidiegelden. Zo blijkt uit die verklaring niet aan welke subsidieverplichtingen de accountant heeft getoetst en heeft de accountant het voorbehoud gemaakt dat hij de girale betalingen van vrijwel alle uitgaven niet heeft kunnen vaststellen. De later overgelegde gegevens, waaronder de aanvullende verklaring, heeft het college buiten beschouwing gelaten omdat deze zijn ingediend na de daarvoor geldende termijn, die eindigde op 1 augustus 2013.

De tussenuitspraak

4. De Afdeling heeft in de tussenuitspraak overwogen dat het college, anders dan appellant betoogt, geen afstand heeft gedaan van de verplichting om bij de financiële verantwoording een accountantsverklaring over te leggen. Verder is overwogen dat voor het voldoen aan de door het college aan de subsidie verbonden verplichting tot het afleggen van rekening en verantwoording, het enkele bestaan van een betalingsverplichting niet voldoende is. Er moeten daadwerkelijk uitgaven voor gesubsidieerde activiteiten zijn gedaan. De Afdeling heeft verder geoordeeld dat het besluit van 16 juni 2014 er geen blijk van geeft dat het college de belangen van appellant daadwerkelijk heeft gewogen, en dat het college heeft miskend dat de vraag naar de evenredigheid van de lagere vaststelling ertoe noopte de aanvullende verklaring van de accountant te bezien en deze in de belangenafweging te betrekken. Indien met de aanvullende verklaring, daargelaten dat deze na de daarvoor gestelde termijn is overgelegd, aan de verplichting zou zijn voldaan, kan daarin een aanwijzing zijn gelegen dat het onevenredig is de subsidie desondanks op nihil vast te stellen.

5. Uit de tussenuitspraak volgt dat het hoger beroep gegrond is en de aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het door appellant tegen het besluit van 16 juni 2014 ingestelde beroep gegrond verklaren en dat besluit wegens strijd met de artikelen 3:2 en 3:4, eerste lid, van de Awb vernietigen, omdat het niet zorgvuldig is voorbereid en niet berust op een zorgvuldige belangenafweging.

Besluitvorming na de tussenuitspraak

6. Het college heeft bij besluit van 9 maart 2016 opnieuw op het door appellant gemaakte bezwaar beslist. Daarbij heeft het college het besluit van 16 juni 2014 onder aanvullende motivering gehandhaafd. Het besluit van 9 maart 2016 wordt, gelet op artikel 6:19, eerste lid, van de Awb, gelezen in verbinding met artikel 6:24 van die wet, geacht eveneens voorwerp te zijn van dit geding.

7. Het college is in het besluit van 9 maart 2016 ingegaan op de belangen van appellant en de aanvullende verklaring van de accountant.

Uit het besluit volgt dat het college op de hoogte is van de ernstige financiële problemen waarin appellant verkeert. Terugvordering van de subsidie kan volgens het college leiden tot beëindiging van het project en het faillissement van appellant. Volgens het college is de financiële situatie echter het gevolg van keuzes die appellant gedurende het project heeft gemaakt, en kunnen die het college niet worden tegengeworpen. De subsidie is immers bedoeld om extra kosten te fi-

nancieren voor elektrische en hybride motoren, en niet om financiële problemen op te lossen. Het college heeft het belang om op enig moment te kunnen afrekenen en te verantwoorden hoe publieke middelen zijn besteed, afgewogen tegen de gevolgen van een lagere vaststelling voor appellant. Ook gelet op de ernst van de tekortkoming en de mate van verwijtbaarheid heeft het college voormeld belang van het college zwaarder laten wegen dan de belangen van appellant.

Het college heeft zich verder op het standpunt gesteld dat in de aanvullende verklaring van de accountant geen aanwijzing is gelegen dat het onevenredig is de subsidie op nihil vast te stellen, omdat er voor geen enkel bedrag inzichtelijk is verantwoord of de subsidie is besteed aan activiteiten waarvoor de subsidie is verleend. Daarbij heeft het college in aanmerking genomen dat in de verklaring wordt verwezen naar een controlelijst met betalingen, maar dat uit die lijst niet blijkt aan wie, welk bedrag en voor welke activiteiten is betaald. De op de lijst vermelde betalingen zijn alle voorzien van dezelfde toelichting. De bij de verklaring behorende bankafschriften bieden evenmin inzicht aan wie, welk bedrag en voor welke activiteiten is betaald. Het is daarom niet inzichtelijk of uitgaven zijn gedaan voor de extra kosten voor de ontwikkeling van elektrische en hybride motoren met het doel om een hoger niveau van milieubescherming te bereiken. Ook blijkt uit de aanvullende verklaring niet of de accountant de uitgaven heeft getoetst aan de Uitvoeringsregeling stimulering verbetering luchtkwaliteit Noord-Holland 2010.

Oordeel van de Afdeling over het herstel van het gebrek

8. De vraag die in deze uitspraak voorligt, is of het college zich gelet op de aanvullende verklaring van de accountant op het standpunt heeft mogen stellen dat appellant niet inzichtelijk heeft gemaakt dat de subsidie is besteed aan de activiteiten waarvoor deze is verleend, en dat het daarom niet onevenredig is om de subsidie op nihil vast te stellen.

9. Appellant betoogt dat het college zich ten onrechte op dat standpunt heeft gesteld. Volgens appellant heeft het college tegenover de aanvullende verklaring geen verklaring van een andere accountant of financieel specialist gezet. Verder heeft het college niet onderkend dat de kostenbegroting op basis waarvan de subsidie is verleend, ook bij de vaststelling het uitgangspunt hoort te zijn. Daarnaast heeft de accountant de verklaring dat hij € 128.200,98 aan betalingen van de gesubsidieerde extra kosten heeft kunnen vaststellen, gestaafd met een controlelijst en bankafschriften. Ook moeten de nog niet nagekomen

betalingsverplichtingen tot de kosten worden gerekend. Verder volgt uit de verklaring dat de accountant, anders dan het college stelt, de uitgaven aan de subsidieverplichtingen heeft getoetst. Tot slot heeft het college in het besluit van 9 maart 2016 wel enkele van de door appellant aangevoerde gevolgen van een vaststelling op nihil opgesomd, maar heeft het de belangen van [appellant], die van zijn onderneming en de gevolgen voor de doorgang van het project onvoldoende meegewogen, aldus appellant.

9.1. Het betoog dat voor het afleggen van rekening en verantwoording niet is vereist dat daadwerkelijk is betaald en dat voldoende is dat een betalingsverplichting bestaat, is een herhaling van hetgeen appellant tegen de in hoger beroep aangevallen uitspraak heeft aangevoerd. De Afdeling heeft in de tussenuitspraak overwogen dat appellant daarin niet wordt gevolgd. Dat geldt eveneens voor het betoog dat met de door de accountant uitgevoerde controle of de facturen van leveranciers aansluiten bij de kostenbegroting die bij de aanvraag om subsidie is overgelegd, rekening en verantwoording is afgelegd.

9.2. De accountant heeft in de aanvullende verklaring vermeld dat hij € 128.200,98 aan subsidiabele zogenoemde extra kosten heeft kunnen vaststellen, en verwijst daarbij naar de bij de verklaring gevoegde lijst en bankafschriften. Op de lijst is een reeks betalingen vermeld die hebben plaatsgevonden tussen 4 juni 2010 en 14 augustus 2010.

Uit de bankafschriften volgt weliswaar dat elk van die betalingen heeft plaatsgevonden, maar uit de aanvullende verklaring, de bijgevoegde lijst noch de bankafschriften valt af te leiden aan wie en waarvoor is betaald. Daarvoor is aanvullende informatie nodig, zoals facturen, die niet bij de verklaring is gevoegd. Ook vallen de facturen die appellant eerder heeft overgelegd — met uitzondering van een factuur van € 297,38 en een van € 558,88 — niet te rijmen met de op de lijst vermelde betalingen.

Het college mocht zich vanwege het voorgaande op het standpunt stellen dat appellant met de aanvullende verklaring en de daarbij gevoegde lijst en bankafschriften niet inzichtelijk heeft gemaakt of de subsidie is besteed voor de activiteiten waarvoor deze is verleend. Dat het college tegenover de verklaring niet een andere accountantsverklaring heeft geplaatst, leidt niet tot een ander oordeel. Appellant wordt niet tegengeworpen dat de aanvullende verklaring ondeugdelijk zou zijn, maar dat hij ook met die verklaring onvoldoende informatie heeft overgelegd om aan de verantwoordingsplicht te voldoen.

9.3. Nu het college appellant een subsidie heeft verleend van € 167.200 en een voorschot

heeft uitgekeerd van € 133.760 en appellant blijkens het voorgaande slechts € 856,26 aan uitgaven heeft verantwoord, mocht het college zich op het standpunt stellen dat het niet onevenredig is om de subsidie vast te stellen op nihil. Dat de vaststelling op nihil ernstige financiële gevolgen heeft voor appellant, zijn onderneming en het project, leidt vanwege de ernst van de tekortkoming in de verantwoording en de mate waarin deze appellant kan worden verweten, niet tot een ander oordeel.

9.4. Omdat het college reeds vanwege het voorgaande de subsidie heeft mogen vaststellen op nihil, behoeft het betoog dat uit de verklaring volgt dat de accountant de betalingen aan de subsidieverplichtingen heeft getoetst, geen bespreking.

9.5. Slotsom is dat het betoog faalt.

Conclusie

10. Het college heeft het in de tussenuitspraak geconstateerde gebrek met het besluit van 9 maart 2016 hersteld. Het beroep tegen dat besluit is ongegrond.

11. Omdat het hoger beroep tegen de uitspraak van de rechtbank van 8 april 2015 gegrond is, dient het college op na te melden wijze in de proceskosten te worden veroordeeld. Appellant heeft in hoger beroep verzocht om vergoeding van de kosten die hij in verband met de behandeling van het bezwaar heeft gemaakt. Omdat het in bezwaar bestreden besluit van 24 oktober 2013 niet zal worden herroepen, bestaat geen grond dat verzoek toe te wijzen.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verklaart het hoger beroep gegrond;
- II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Noord-Holland van 8 april 2015 in zaak 14/3025;
- III. verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep gegrond;
- IV. vernietigt het besluit van het college van gedeputeerde staten van Noord-Holland van 16 juni 2014, kenmerk 285503/363477;
- V. verklaart het beroep tegen het besluit van 9 maart 2016 ongegrond;
- VI. veroordeelt het college van gedeputeerde staten van Noord-Holland tot vergoeding van bij appellant h.o.d.n. bedrijf in verband met de behandeling van het beroep en het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 1.736 (zegge: zeventienhonderdzesendertig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

VII. gelast dat het college van gedeputeerde staten van Noord-Holland aan appellant h.o.d.n. bedrijf het door hem betaalde griffierecht ten bedrage van € 413 (zegge: vierhonderddertien euro) voor de behandeling van het beroep en het hoger beroep vergoedt.

Noot

1. In deze AB-special ter gelegenheid van het afscheid van Lex Michiels is het niet per definitie logisch om een subsidie-uitspraak te annoteren. Even zoeken in Legal Intelligence leverde welgeteld twee subsidie-uitspraken op die door Lex Michiels zijn geannoteerd. Op een totaal van 396 annotaties voor de AB is dat niet bijzonder spectaculair. Deze twee subsidie-uitspraken betroffen overigens dezelfde zaak, waarin het draaide om de afwijzing van een aanvraag voor een NWO-onderzoekssubsidie (zie Rb. Arnhem 23 juni 2009, AB 2009/307 en Rb. Arnhem 18 januari 2008, AB 2008/46). In deze zaak stond de vraag centraal in hoeverre afgewezen subsidieaanvragers recht hebben op inzage in concurrerende onderzoeksvoorstellen, referentenrapporten en de reacties daarop van de subsidieaanvragers, waarvan de inzage door NWO was geweigerd.

Waarom dan toch een annotatie bij een tweetal subsidie-uitspraken in deze 'Lex-special'? In de twee bovenstaande uitspraken gaat het over de vraag of de subsidieverstrekker, in casu het college van Gedeputeerde Staten van de provincie Noord-Holland, de subsidie op nihil heeft mogen vaststellen. Bij een subsidievaststelling op nihil gaat het om een zogenoemde subsidiesanctie. En waar het woord sanctie valt, tja dan zijn we vanzelf aanbeland bij Lex Michiels. Even zoeken op 'Michiels', 'AB' en 'sanctie' in Legal Intelligence levert maar liefst 98 annotaties van zijn hand op.

Bij subsidiesancties gaat het om het weigeren, lager vaststellen, intrekken en terugvorderen van de subsidie als reactie op een overtreding van de normen die zijn opgenomen in een wettelijk voorschrift of in de begunstigende beschikking zelf (zie Den Ouden, Jacobs & Verheij, *Subsidie-recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 180).

In deze annotatie gaat het in het bijzonder om de subsidiesanctie dat de subsidie op nihil wordt vastgesteld (op grond van art. 4:46 Awb (de lagere vaststelling) dan wel art. 4:49 Awb (de intrekking of wijziging van de subsidievaststelling)), en de subsidiesanctie dat het besluit tot subsidieverlening geheel wordt ingetrokken (op grond van art. 4:48 Awb). Korthedshalve vat ik al deze varianten hier maar even samen als 'de nihilstelling'. In deze annotatie wordt op een enkele uitzondering na geen aandacht besteed aan de jurisprudentie waarin het gaat over subsidies die welis-

waar lager, maar niet op nihil worden vastgesteld. Deze jurisprudentie is namelijk nog casuïstischer dan de jurisprudentie inzake de nihilstelling. De subsidievaststelling op nihil omdat is komen vast te staan dat er in het geheel geen subsidiabele activiteiten zijn verricht blijft eveneens buiten beschouwing. Wanneer de gesubsidieerde activiteiten in het geheel niet zijn verricht of wanneer dat op basis van de door de subsidieontvanger overgelegde stukken niet kan worden vastgesteld, is een subsidievaststelling op nihil weinig controversieel (zie bijv. ABRvS 6 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1462). In casu gaat het dus om gevallen waarin het bestuursorgaan weliswaar de gesubsidieerde activiteit (deels) gerealiseerd heeft gekregen, maar besluit daarvoor niet te betalen. Dergelijke beslissingen zijn voor subsidieontvangers zeer ingrijpend. De centrale vraag in deze annotatie luidt: in welke gevallen wordt een subsidie op nihil vastgesteld, hoe indringend wordt een dergelijke nihilstelling door de bestuursrechter getoetst en in hoeverre betekenen bovenstaande uitspraken van de Afdeling op dit punt een nieuwe lijn?

In deze annotatie komen de volgende punten aan de orde. In de eerste plaats wordt in § 2 besproken wat wij uit de wetsgeschiedenis kunnen afleiden over de nihilstelling. Vervolgens bespreek ik onder § 3 op basis van de jurisprudentie verschillende situaties waarin een nihilstelling volgt en voor welke toetsingsintensiteit de bestuursrechter kiest. In § 4 worden hieruit enkele lijnen gedestilleerd om duidelijke handvatten te bieden voor de praktijk. Lex houdt tenslotte ook van duidelijkheid. Onder § 5 wordt gezien hoe bovenstaande uitspraken binnen deze lijnen passen. Afgesloten wordt met een conclusie. Let wel, in deze annotatie wordt dus niet ingegaan op de vraag in hoeverre de subsidiesancties zouden moeten worden gekwalificeerd als punitief. Deze vraag is al uitvoerig aan de orde geweest in de annotatie bij CBb 16 maart 2016 (AB 2016/421, m.nt. J.E. van den Brink en L.W. Verboeket). Omdat de Nederlandse bestuursrechter van oordeel is dat zolang niet meer subsidie wordt ingetrokken dan ooit is verstrekt geen sprake is van een punitieve sanctie, is nu eenmaal vaststaande jurisprudentie dat de vaststelling van subsidie op nihil niet kwalificeert als een punitieve sanctie.

2. Wat leert de wetsgeschiedenis bij titel 4.2 ons over de nihilstelling in gevallen waarin wel subsidiabele activiteiten zijn verricht? In de memorie van toelichting wordt hierover opgemerkt dat in gevallen waarin de activiteiten gedeeltelijk zijn verricht, vaststelling op nihil in de rede kan liggen (*Kamerstukken II* 1993/94, 23700, 3, p. 73). Dit speelt in gevallen waarin door het slechts gedeeltelijk verrichten van de activiteiten

niet de activiteit is verricht die het bestuursorgaan bij het verlenen van de subsidie voor ogen stond, dan wel het doel van de subsidie niet is bereikt. Hetzelfde geldt volgens de toelichting in gevallen waarin uit de desbetreffende subsidieregeling volgt dat een gedeeltelijke uitvoering van de activiteiten nooit zou zijn gesubsidieerd. In al deze gevallen geldt nog steeds dat de subsidievestiging op nihil dient te voldoen aan art. 3:4 lid 2 Awb. Uit de toelichting blijkt slechts dat wanneer de gesubsidieerde activiteiten deels zijn uitgevoerd, vaststelling op nihil niet per definitie onevenredig is.

Ook wanneer de subsidieontvanger zich (deels) niet heeft gehouden aan bijkomende verplichtingen, kan een nihilstelling volgen. In de memorie van toelichting wordt in dat verband opgemerkt dat niet is uitgesloten dat het niet voldoen aan een administratieve verplichting soms tot vaststelling op nihil kan leiden (*Kamerstukken II 1993/94, 23700, 3, p. 74*). Onder omstandigheden kan het belang van handhaving van dergelijke verplichtingen immers zwaar wegen, bijvoorbeeld in verband met een doelmatige uitvoering van de regeling of in verband met het tegengaan van misbruik of oneigenlijk gebruik. Wel dient in dat geval een afweging te worden gemaakt tussen het belang van handhaving van de verplichting en de gevolgen van de verlaging voor de ontvanger. Daarbij zijn de ernst van de tekortkoming en de mate waarin deze aan de ontvanger kan worden verweten van belang.

Wanneer de subsidieontvanger onjuiste gegevens heeft verstrekt, dan lijkt de memorie van toelichting ervan uit te gaan dat de subsidie wordt vastgesteld op het bedrag dat uit de juiste gegevens voortvloeit.

3. De volgende vraag is in welke situaties tot nihilstelling wordt besloten en op welke wijze de bestuursrechter dergelijke nihilstellingen beoordeelt. In deze annotatie ligt de nadruk op de toetsingsintensiteit van de belangenafweging die overeenkomstig de memorie van toelichting – als het goed is – aan de nihilstelling ten grondslag ligt. Om u niet te laten verdwalen in een brij van jurisprudentie zal zij worden gecategoriseerd op basis van de redenen voor de nihilstelling.

De subsidiabele activiteiten zijn slechts deels verricht. Uit de jurisprudentie blijkt dat de bestuursrechter in gevallen waarin de subsidiabele activiteiten gedeeltelijk niet zijn verricht regelmatig oordeelt dat de nihilstelling door de beugel kan, zonder dat daarbij veel aandacht wordt besteed aan de te verrichten belangenafweging. Een eerste voorbeeld biedt de uitspraak van de Afdeling van 18 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:441, waarin het draaide om een restauratie van een pand in Nijmegen. De subsidie werd op nihil vast-

gesteld, onder meer omdat de werkzaamheden niet geheel waren voltooid. De Afdeling stelt vast dat de werkzaamheden tot op heden nog steeds niet zijn afgerond. Omdat de subsidieverstrekker de vaste gedragslijn hanteert om de subsidie op nihil vast te stellen als een project niet is voltooid en de subsidie is verleend voor een volledige restauratie, is het op nihil vaststellen van de subsidie volgens de Afdeling niet onevenredig, maar het gevolg van het gegeven dat de gesubsidieerde prestatie niet is geleverd. Achterliggende gedachte lijkt dat het doel van de subsidieregeling met een gedeeltelijke restauratie niet is bereikt. De gevolgde redenering heeft echter wel tot gevolg dat een nihilstelling wanneer het project niet is voltooid altijd door de beugel kan. Een tweede voorbeeld biedt een uitspraak van de Afdeling van 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1194. In deze zaak had de subsidieontvanger een deel van de activiteiten, namelijk het afgraven van grond, niet uitgevoerd. De Afdeling overweegt dat voor de subsidieontvanger duidelijk had moeten zijn dat het afgraven van grond een *essentieel* deel vormde van de subsidieactiviteiten. Deze omstandigheid lijkt redengevend voor het oordeel dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat het college bevoegd was de subsidie op nihil vast te stellen. Opvallend aan deze uitspraak dat de Afdeling niet beoordeelt of de nihilstelling ook voldoet aan art. 3:4 lid 2 Awb, met andere woorden of de nihilstelling evenredig is. Dat er een bevoegdheid bestaat om een subsidie op nihil vast te stellen betekent immers nog niet dat die bevoegdheid in het licht van art. 3:4 lid 2 Awb ook daadwerkelijk kan worden toegepast.

De subsidiabele activiteiten zijn niet tijdig verricht. Wat betreft de situatie waarin de subsidiabele activiteiten niet tijdig zijn verricht is Cbb 4 juni 2014, ECLI:NL:CBB:2014:499 interessant. Volgens het Cbb heeft de subsidieverstrekker er onvoldoende rekening mee gehouden dat met het project een aanvang is gemaakt, de voorgenomen activiteiten voor een deel zijn verricht en onomkeerbare financiële verplichtingen zijn aangegaan. Aan de subsidieverstrekker wordt wel toegegeven dat het project niet is afgerond en daarmee het doel van de subsidieregeling niet is behaald. Volgens het Cbb voert het echter te ver om de oorzaak van de vertraging geheel voor rekening van de subsidieontvanger te laten. Het Cbb past vervolgens een bestuurlijke lus toe. Om het gebrek in het besluit te herstellen neemt de subsidieverstrekker een nader besluit waaruit blijkt dat hij van oordeel is dat het Unierecht zich ertegen verzet dat rekening wordt gehouden met de omstandigheden aan de zijde van de subsidieontvanger die tot vertraging van het project hebben geleid. In de einduitspraak van 24 februari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:83, oor-

deelt het CbB echter dat het Unierecht niet tot een subsidievaststelling op nihil dwingt. Vervolgens verricht het CbB zelf een belangenafweging en komt uit op een subsidiebedrag van 50% van het aangevraagde bedrag. Doorslaggevend is dat het project weliswaar niet tijdig is gerealiseerd, maar dat dit gedeeltelijk het gevolg is geweest van omstandigheden van buitenaf, waarop de subsidieontvanger redelijkerwijs geen invloed heeft gehad. Bovendien is het doel van de subsidieregeling uiteindelijk wel bereikt.

De verrichte activiteit voldoet niet aan de voorwaarden voor subsidieverstrekking. In CbB 31 maart 2016 (ECLI:NL:CBB:2015:107) draaide het om de vaststelling op nihil van een subsidie voor een investering in een integraal duurzame stal. Omdat de door de subsidieontvanger gedane investering niet voldoet aan één van de kernvoorwaarden van de subsidieregeling ziet het CbB geen grond voor het oordeel dat de subsidieverstrekker de subsidie niet in redelijkheid op nihil heeft kunnen vaststellen. Volgens het CbB heeft de subsidieontvanger niet specifieke argumenten aangevoerd die op dit punt tot een ander oordeel zouden moeten leiden.

Aanvangen van verplichtingen voordat de subsidie is verleend. Uit de uitspraak van het CbB van 20 december 2016 (ECLI:NL:CBB:2016:412; zie ook CbB 23 juli 2014, ECLI:NL:CBB:2014:296; CbB 21 april 2015, ECLI:NL:CBB:2015:130; CbB 12 januari 2016, AB 2016/305, m.nt. C.J. Wolswinkel; en CbB 25 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:73) blijkt dat een subsidie op nihil mag worden vastgesteld wanneer reeds verplichtingen zijn aangegaan ten aanzien van de subsidiabele activiteiten voordat de subsidie werd verleend. Dit mag onder omstandigheden ook wanneer niet voor alle activiteiten/werkzaamheden reeds verplichtingen waren aangegaan. In de voormelde uitspraak van 21 april 2015 ziet het CbB niet in dat de nadelige gevolgen van het besluit tot nihilstelling onevenredig zouden zijn tot het met dat besluit te dienen doel van een juiste vaststelling van de subsidie. Daarbij neemt het CbB in aanmerking dat de subsidieregeling juist is bedoeld om jonge agrariërs te stimuleren om investeringen te doen die zij zonder geldelijke steun van de overheid niet zouden kunnen financieren (vergelijk ook CbB 25 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:73; en CbB 12 januari 2016, AB 2016/305, m.nt. C.J. Wolswinkel). *De meldingsverplichtingen.* In ABRvS 25 juli 2007, AB 2007/350, m.nt. W. den Ouden draaide het om de intrekking van het besluit tot subsidieverlening wegens niet-nakoming van de subsidieverplichting om het project gereed te melden. De Afdeling stelt voorop dat deze maatregel van zeer ingrijpende aard is en dat het feit dat het bestuursorgaan de tijdige gereedmelding uit oog-

punt van een doelmatige en efficiënte uitvoering van de aan de orde zijnde regeling van groot belang acht, nog niet betekent dat deze doelstelling op zichzelf reeds rechtvaardigt dat bij te late gereedmelding de subsidieverlening wordt ingetrokken. De Afdeling concludeert dat de subsidieverstrekker niet in redelijkheid bij afweging van alle belangen een besluit tot subsidieverlening kan intrekken wegens het enkel niet tijdig gereed melden van het project. Voor deze conclusie acht de Afdeling relevant dat vaststaat dat het project in overeenstemming met het projectplan is uitgevoerd, dat het verzuim van de subsidieontvanger mede viel te verwijten aan het handelen van de door de gemeente aanbevolen begeleidende instantie, dat de subsidieontvanger over slechts zeer geringe inkomsten beschikt en van subsidies weinig verstand heeft. Ook het CbB oordeelde in een uitspraak van 30 augustus 2011 dat het enkel schenden van een meldingsplicht in redelijkheid niet tot gevolg kan hebben dat de subsidie op nihil wordt vastgesteld; ook hier stond vast dat de doelstelling van de subsidie was gehaald (AB 2012/96, m.nt. W. den Ouden). Hetzelfde speelde in CbB 7 juni 2011 (AB 2011/278, m.nt. W. den Ouden). Weliswaar was niet aan de subsidieverplichtingen voldaan, maar tegelijkertijd stond vast dat de subsidieontvanger had gehandeld overeenkomstig de strekking van het subsidiedoel. Gelet op deze bijzondere omstandigheden, is het CbB van oordeel dat slechts een korting van 10% op zijn plaats is.

Administratieverplichtingen. Ten aanzien van administratieverplichtingen heeft het CbB verschillende malen geoordeeld dat het daarbij gaat om een hoofdverplichting en dat reeds daarom nihilstelling gerechtvaardigd is (zie CbB 18 december 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AD8478; CbB 16 november 1999, AB 2000/30, m.nt. J.H. van der Veen; CbB 10 juli 2001, ECLI:NL:CBB:2001:AB3081). Ook wanneer de overgelegde facturen ter staving van de aanvraag tot subsidievaststelling onjuist zijn, is het redelijk om de subsidie op nihil vast te stellen (zie ABRvS 30 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:851). Hetzelfde geldt voor gevallen waarin in het geheel geen aanvraag tot subsidievaststelling is ingediend, zodat geen inzicht bestaat in de doelmatige en rechtmatige besteding van de verleende subsidie (ABRvS 5 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3947; en CbB 21 april 2015, ECLI:NL:CBB:2015:132). Ook wanneer niet kan worden vastgesteld of er subsidiabele kosten zijn gemaakt en zo ja welke dan, is een vaststelling op nihil niet onevenredig (zie bijvoorbeeld ABRvS 2 augustus 2006, AB 2007/96, m.nt. T. Barkhuysen en W. den Ouden). Dit geldt eveneens wanneer niet is voldaan aan de administratieverplichting om jaarlijks een einddeclaratie in te dienen (zie

ABRvS 27 maart 2013, AB 2013/161, m.nt. W. den Ouden). Ook de enkele niet-naleving van administratieverplichtingen — dus zonder dat daarbij wordt overwogen dat niet kan worden vastgesteld of en zo ja welke kosten subsidiabel zijn — kan een vaststelling op nihil rechtvaardigen (zie bijvoorbeeld de onderwijsbekostigingszaak ABRvS 18 april 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA3230). In voormelde uitspraken wordt weinig tot geen aandacht besteed aan de vraag of de subsidiabele activiteiten al dan niet zijn uitgevoerd. Dit duidt erop dat ook wanneer de subsidiabele activiteiten wel zijn uitgevoerd, de subsidie op nihil kan worden vastgesteld wanneer de administratieverplichtingen niet zijn nageleefd (vergelijk W. den Ouden in haar noot onder ABRvS 27 maart 2013, AB 2013/161).

De CRvB kiest in de uitspraak van 1 mei 2013 voor een andere aanpak (zie AB 2013/255, m.nt. W. den Ouden). Deze zaak draaide om een nihilstelling van een pgb omdat de subsidieontvangers de toegekende bedragen niet door middel van het overleggen van declaraties konden verantwoorden. De Centrale Raad stelt voorop dat het Zorgkantoor de discretionaire bevoegdheid om de pgb's lager vast te stellen dient uit te oefenen met inachtneming van het geschreven en het ongeschreven recht, daaronder begrepen de in art. 3:4 Awb neergelegde verplichting tot evenredige belangenafweging. Daarbij wordt onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis overwogen dat een afweging zal moeten worden gemaakt tussen het belang van handhaving van de niet nagekomen verplichting en de gevolgen van de verlaging voor de ontvanger, waarbij tevens de ernst van de tekortkoming en de mate waarin deze aan de ontvanger kan worden verweten van belang is. Vervolgens motiveert de Centrale Raad zeer uitgebreid dat uit de bestreden besluiten niet naar voren komt dat het Zorgkantoor de rechtstreeks betrokken belangen van de subsidieontvanger op voormelde wijze heeft betrokken in de besluitvorming.

De Unierechtelijke subsidieverplichting. Voor zover sprake is van subsidies die met EU-geld worden gefinancierd geldt dat het EU-recht er soms toe dwingt dat de subsidie op nihil wordt vastgesteld. In die gevallen is sprake van een gebonden bevoegdheid en bestaat dus geen ruimte voor een belangenafweging. Dit betekent dat aan een evenredigheidstoetsing niet wordt toegekomen. De bestuursrechter controleert doorgaans wel streng of het EU-recht daadwerkelijk verplicht tot nihilstelling. Zie bijvoorbeeld de al besproken uitspraak CBB 24 februari 2015 (ECLI:NL:CBB:2015:83), maar ook CBB 7 juli 2011 (AB 2011/277, m.nt. W. Den Ouden onder AB 2011/278) waarin het CBB oordeelde dat niet inzichtelijk is waarom een

verdergaande reactie — namelijk een nihilstelling — zou moeten volgen dan het EU-recht in casu eiste (vergelijk ook CBB 2 februari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3311; en CBB 25 mei 2007, AB 2008/265, m.nt. Sewandono onder AB 2008/266).

In gevallen waarin het EU-recht niet dwingt tot een nihilstelling, wordt door de bestuursrechter getoetst of de nihilstelling evenredig is. Uit deze toetsing blijkt dat de omstandigheid dat sprake is van een met EU-geld gefinancierde subsidie voor deze toetsing wel relevant is. Zo bleek uit ABRvS 10 september 2003 (AB 2004/98, m.nt. W. den Ouden) dat een nihilstelling niet onevenredig is wanneer de subsidieverstrekker in geval van het niet tijdig nakomen van subsidieverplichtingen door de subsidieontvanger de uitgegeven subsidies niet meer kan declareren bij de Europese Commissie.

Ook bij de beoordeling of een nationale subsidie op nihil kan worden vastgesteld kan het EU-recht relevant zijn. Dit speelde in CBB 1 mei 2015 (ECLI:NL:CBB:2015:176) waarin het CBB oordeelt dat de voorwaarde om voor een bepaalde datum met de subsidiabele activiteiten moest worden gestart is ingegeven door het Europeesrechtelijk kader van deze voorwaarde en de hiermee verband houdende realisering van de grenswaarden voor fijnstof op uiterlijk 11 juni 2011 volgens het Nationaal Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit. Daarom kan niet worden gezegd dat de subsidieverstrekker niet in redelijkheid deze belangen, die worden gediend door een subsidievestiging op nihil, heeft kunnen laten prevaleren boven de belangen van appellant die zich daartegen verzetten.

De subsidieontvanger heeft onjuiste gegevens overgelegd. In de al wat oudere uitspraak van 8 februari 2000 (AB 2001/118, m.nt. L.J.A. Damen) ging het om een subsidie voor woningverbetering die werd ingetrokken omdat de subsidieontvanger bij de gemeente een hogere aanneemsom heeft opgegeven dan was overeengekomen. De Afdeling overweegt slechts dat burgemeester en wethouders 'mede in aanmerking genomen dat P. ten behoeve van de vaststelling daarvan willens en wetens een te hoog bedrag heeft gedeclareerd', zich niet hebben hoeven beperken tot terugvordering van het bedrag dat is toegekend boven het gedeelte waarop zonder verstrekking van onjuiste informatie wellicht aanspraak had kunnen worden gemaakt. Wat de Afdeling nog meer in aanmerking heeft genomen, valt niet uit de uitspraak op te maken.

4. In de literatuur wordt aangenomen dat het CBB en de CRvB de vaststelling op nihil indringender toetsen dan de Afdeling (zie Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011, p. 190). De Afdeling stelt doorgaans

voorop dat de lagere subsidievaststelling kwalificeert als een herstelsanctie met als gevolg dat de belangenafweging terughoudend wordt getoetst op evenredigheid, hetgeen slechts zelden leidt tot vernietiging van het sanctiebesluit (zie bijv. ABRvS 26 januari 2011, *JB* 2011/49, m.nt. B. de Kam; en ABRvS 27 maart 2013, *AB* 2013/161, m.nt. Den Ouden). Het CbB gaat niet expliciet in op het karakter van het besluit tot subsidievaststelling op nihil, maar toetst vrij intensief of de subsidie in redelijkheid op nihil kon worden vastgesteld. Dit heeft bijvoorbeeld ertoe geleid dat het CbB in een aantal uitspraken zelf in de zaak heeft voorzien en heeft geoordeeld dat in plaats van een subsidievaststelling op nihil, slechts een lagere subsidievaststelling op zijn plaats is (zie de al genoemde uitspraken CbB 7 juni 2011, *AB* 2011/278, m.nt. W. den Ouden; en ook CbB 24 februari 2015, *ECLI:NL:CBB:2015:83*). Een aanpak die volgens annotator Den Ouden (onder *AB* 2011/278) sterk doet denken aan de aanpak bij de vernietiging van een besluit tot oplegging van een bestuurlijke boete. Bij het CbB staat derhalve niet het herstelkarakter van sanctiebesluiten binnen subsidieverhoudingen voorop, maar de belangenafweging die steeds moet worden gemaakt wanneer een subsidie op nihil wordt vastgesteld. In verschillende uitspraken oordeelde het CbB dat de uitkomst van die belangenafweging niet door de beugel kon (zie bijv. CbB 18 februari 2007, *ECLI:NL:CBB:2007:ZA9559*; CbB 2 februari 2009, *ECLI:NL:CBB:2009:BH3311*; CbB 25 mei 2007, *AB* 2008/266, m.nt. Sewandono; CbB 7 juli 2011, *AB* 2011/277, m.nt. W. den Ouden onder *AB* 2011/278; en CbB 30 augustus 2011, *AB* 2012/96, m.nt. W. den Ouden).

Op basis van de onder punt 3 besproken jurisprudentie moet echter worden vastgesteld dat in gevallen waarin tot het oordeel wordt gekomen dat de uitkomst van de belangenafweging wel rechtmatig is, niet altijd – ook niet door het CbB en de CRvB – inzichtelijk wordt gemaakt welke omstandigheden/belangen door de bestuursrechter in aanmerking zijn genomen. In nogal wat uitspraken wordt volstaan met de overweging dat door de subsidieontvanger geen bijzondere omstandigheden naar voren zijn gebracht op grond waarvan moet worden geoordeeld dat de subsidieverstrekker de subsidie niet in redelijkheid op nihil heeft kunnen vaststellen. De mate waarin de bestuursrechter ingaat op het bestaan van eventuele bijzondere omstandigheden lijkt niet alleen sterk afhankelijk van hetgeen door de subsidieontvanger naar voren is gebracht, maar ook van het uiteindelijke oordeel van de bestuursrechter. Bovendien wordt niet duidelijk welke criteria worden aangelegd voor het oordeel dat geen sprake is van bijzondere omstandigheden. Wanneer daarentegen de bestuursrechter uiteindelijk

oordeelt dat de subsidieverstrekker bij afweging van alle belangen de subsidie *niet* in redelijkheid op nihil heeft kunnen vaststellen, dan ligt daaraan een uitgebreide overweging met daarin alle omstandigheden die de bestuursrechter relevant heeft geacht ten grondslag (zie bijv. CbB 21 april 2015, *ECLI:NL:CBB:2015:130*; en CbB 21 april 2015, *ECLI:NL:CBB:2015:132*). Wanneer de bestuursrechter echter van oordeel is dat de nihilstelling niet onevenredig is, dan blijft het wat de motivering betreft in veel gevallen overdovend stil. Niet alleen bij de Afdeling maar ook bij het CbB (zie CbB 21 april 2015, *ECLI:NL:CBB:2015:130*; CbB 31 maart 2015, *ECLI:NL:CBB:2015:107*; en CbB 7 mei 2015, *ECLI:NL:CBB:2015:229*). Hetzelfde geldt voor de Centrale Raad van Beroep. Hoewel de Centrale Raad de belangenafweging voorop stelt en expliciet overweegt dat een afweging moet worden gemaakt tussen het belang van handhaving van de niet nagekomen verplichting en de gevolgen van de verlaging voor de ontvanger, waarbij tevens de ernst van de tekortkoming en de mate waarin deze aan de ontvanger kan worden verweten van belang is, wordt vervolgens regelmatig enkel overwogen dat de door de ontvanger aangevoerde omstandigheden niet maken dat moet worden geoordeeld dat de subsidieverstrekker niet in redelijkheid tot de door hem gemaakte belangenafweging heeft kunnen komen. Hoewel deze aanpak vanuit efficiency-overwegingen begrijpelijk is, wordt de rechterlijke beoordeling van de door de subsidieverstrekker verrichte belangenafweging minder inzichtelijk voor de subsidieontvanger.

5. Hoe passen de twee bovenstaande uitspraken van de Afdeling binnen de hiervoor geschetste jurisprudentielijnen? Het gaat in casu om een subsidie voor het project COG Logistics dat als doel heeft het creëren van een netwerk voor milieuvriendelijk goederentransport over de Amsterdamse grachten. Het College van Gedeputeerde Staten van Noord-Holland (hierna: het college) besluit de subsidie op nihil vast te stellen omdat de subsidieontvanger niet heeft voldaan aan de verplichting rekening en verantwoording af te leggen op de door het college voorgeschreven wijze. Meer precies bevat de door de subsidieontvanger overgelegde accountantsverklaring niet de gegevens die volgens het college nodig zijn voor een controle op de besteding van de subsidiegelden. Later overlegde gegevens, waaronder een aanvullende verklaring van de accountant, heeft het college buiten beschouwing gelaten omdat deze zijn ingediend na de daarvoor gestelde termijn. Bij de beoordeling van de hoger beroepsgrond van de subsidieontvanger dat de rechtbank niet heeft onderkend dat het college de subsidie ten onrechte op nihil heeft vastge-

steld, stelt de Afdeling allereerst vast dat niet aan de subsidieverplichtingen is voldaan en het college daarom bevoegd is om de subsidie op grond van art. 4:46 lid 2 aanhef en onder b Awb lager vast te stellen. Vervolgens overweegt de Afdeling echter dat dit onverlet laat dat bij het lager vaststellen van een subsidie het in art. 3:4 lid 2 Awb bepaalde van toepassing is. Dit betekent dat de gevolgen van het lager vaststellen niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de daarmee te dienen doelen. Vervolgens sluit de Afdeling aan bij de door de CRvB veelvuldig gehanteerde overweging dat in het geval de subsidieontvanger niet heeft voldaan aan een aan de subsidie verbonden verplichting, een afweging zal moeten worden gemaakt tussen het belang van handhaving van de verplichting en de gevolgen van de verlaging voor de ontvanger. Daarbij zijn tevens de ernst van de tekortkoming en de mate waarin deze aan de ontvanger kan worden verweten van belang.

De Afdeling concludeert dat het besluit tot subsidievaststelling op nihil er geen blijk van geeft dat de belangen van de subsidieontvanger daadwerkelijk zijn gewogen bij het genomen besluit. Het college heeft over het belang van de subsidieontvanger slechts vermeld dat dit evident ligt bij een vaststelling conform het verleende bedrag. Volgens de Afdeling heeft het college zich met deze zinsnede slechts in zeer algemene zin uitgelaten over een ander besluit dan dat het genomen heeft, te weten een besluit waarbij de subsidie conform de verlening zou zijn vastgesteld. Volgens de Afdeling heeft het college verder miskend dat de vraag naar de evenredigheid van de lagere vaststelling ertoe noopte de aanvullende accountantsverklaring te bezien en deze in de belangenafweging te betrekken. Als met deze verklaring alsnog aan de subsidieverplichting zou zijn voldaan, kan daarin een aanwijzing zijn gelegen dat het onevenredig is om de subsidie desondanks op nihil vast te stellen. Dat de aanvullende verklaring na de daarvoor geldende termijn is overgelegd doet daaraan niet af. Het vaststellingsbesluit is daarom niet zorgvuldig voorbereid en berust niet op een zorgvuldige belangenafweging. De Afdeling past vervolgens een bestuurlijk lus toe.

Uit de einduitspraak van 7 september 2016 blijkt dat het college weliswaar een nieuwe beslissing op bezwaar heeft genomen, maar blijft bij zijn keuze om de subsidie op nihil vast te stellen. In het nieuwe besluit is het college ingegaan op de belangen van de subsidieontvanger en de aanvullende verklaring. De Afdeling stelt vast dat uit de aanvullende verklaring en de daarbij behorende bijlagen weliswaar volgt dat betalingen hebben plaatsgevonden, maar niet valt af te leiden aan wie en waarvoor is betaald. Gelet hierop,

mocht het college zich op het standpunt stellen dat de subsidieontvanger met de aanvullende verklaring niet inzichtelijk heeft gemaakt of de subsidie is besteed voor de activiteiten waarvoor deze is verleend. Nu het college een subsidie heeft verleend van € 167.200 en een voorschot heeft uitgekeerd van € 133.760 en de subsidieontvanger — ook als de aanvullende verklaring wordt betrokken — slechts € 856,26 aan uitgaven heeft verantwoord, mocht het college zich op het standpunt stellen dat het niet onevenredig is om de subsidie vast te stellen op nihil. Gelet op de ernst van de tekortkoming in de verantwoording en de mate waarin deze de subsidieontvanger kan worden verweten, is de Afdeling niet onder de indruk van de voor de subsidieontvanger ernstige financiële gevolgen van de subsidievaststelling op nihil. Daarom wordt het beroep tegen de nieuwe beslissing op bezwaar ongegrond verklaard.

Beide uitspraken laten zien dat de Afdeling in navolging van het CBB en de CRvB de belangenafweging die moet volgen op de constatering dat het bestuursorgaan de bevoegdheid heeft om de subsidie lager vaststellen voorop stelt. Vervolgens toetst de Afdeling de door het college verrichte belangenafweging vrij intensief en geeft ook aan welke elementen ten onrechte niet in de belangenafweging zijn betrokken. In de uitspraak van 7 september 2016 legt de Afdeling vervolgens uit waarom de belangenafweging in het nadeel van de subsidieontvanger uitvalt.

6. Betekent de wijze van toetsing door de Afdeling in bovenstaande zaken nu een nieuwe jurisprudentielijn? We zagen deze lijn immers ook al terug in de uitspraak van de Afdeling van 25 juli 2007, AB 2007/350, m.nt. W. den Ouden. Uit het Jaarverslag van de Raad van State over het jaar 2016 wordt echter uitvoerig uiteengezet dat de Afdeling in dat jaar in verschillende uitspraken meer indringend heeft getoetst dan voorheen. Bovenstaande uitspraken passen — hoewel zij niet uitdrukkelijk in het jaarverslag worden genoemd — naadloos in deze nieuwe aanpak. Ik verwacht dan ook dat soortgelijke uitspraken geen tien jaar op zich zullen laten wachten. Dit kan alleen maar worden toegejuicht. Zoals Den Ouden in haar annotatie bij CBB 7 juni 2011 (AB 2011/278) al opmerkte gaat het bij nihilstellingen om ingrijpende besluiten voor de subsidieontvanger. Zeker in gevallen waarin de subsidieabele activiteiten geheel of gedeeltelijk zijn verricht en de subsidieverstrekker de gesubsidieerde activiteit dus (deels) gerealiseerd heeft gekregen maar besluit daarvoor niet te betalen — dient de bestuursrechter zorgvuldig na te gaan én helder uiteen te zetten of daar goede redenen voor bestaan en of zwaarwegende belangen van de subsidie-

ontvanger wel voldoende zijn meegewogen. Ook wanneer het oordeel niet in het voordeel van de subsidieontvanger uitvalt! Ik hoop dan ook dat we in de toekomst de intensievere toetsing ook terug gaan zien in uitspraken waarin de bestuursrechter meteen tot het oordeel komt dat een nihilstelling bij afweging van alle belangen niet onevenredig is.

J.E. van den Brink

AB 2017/198

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

4 november 2015, nr. 201500612/1/A2

(Mrs. D.A.C. Slump, C.H.M. van Altena, N. Verheij)
m.nt. W. den Ouden en Y.E. Schuurmans

7:11, 8:72 lid 3 sub b Awb

BA 2015/285

ECLI:NL:RVS:2015:3364

Bij de beslissing op bezwaar moet het bestuur opnieuw beslissen op de aanvraag van appellant om een Veni-subsidie in de subsidieronde 2012 en moet het vaststellen of appellant in die ronde aanspraak op subsidie kan maken voor zijn onderzoeksvoorstel. De door het bestuur gehanteerde werkwijze om niet een nieuw besluit te nemen, maar appellant de mogelijkheid te bieden om in een andere subsidieronde een nieuwe aanvraag te doen, is in strijd met art. 7:11 lid 2 Awb. Gezien het feit dat appellant een uitstekende uitgangspositie had voor het verkeerd verlopen interview bestaat er aanleiding de toekenning van de subsidie door de rechtbank in stand te laten.

De onrechtmatigheid van het primaire besluit is niet in geschil. Het geschil betreft de vraag op welke wijze het bestuur het rechtsherstel moet bieden.

Appellant heeft een aanvraag ingediend voor een subsidie in de subsidieronde Veni-2012 en het bestuur heeft op die aanvraag beslist. In artikel 7:11, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb), is bepaald dat indien de heroverweging van een besluit daartoe aanleiding geeft, het bestuursorgaan dat besluit herroept en zo nodig in de plaats daarvan een nieuw besluit neemt. Nu het bestuur van oordeel is dat het besluit van 19 juli 2012 onzorgvuldig tot stand gekomen is, dient het dat besluit te herroepen en een nieuw besluit te nemen. Bij dat nieuwe besluit moet het bestuur opnieuw beslissen op de aanvraag van appellant om een Veni-subsidie in de subsidieronde 2012 en moet het vaststellen of appellant in die ronde aanspraak

op subsidie kan maken voor zijn onderzoeksvoorstel. De door het bestuur gehanteerde werkwijze om niet een nieuw besluit te nemen, maar appellant 2 de mogelijkheid te bieden om in een andere subsidieronde een nieuwe aanvraag te doen, is in strijd met artikel 7:11, tweede lid, van de Awb. Dat herbeoordeling van de aanvraag om subsidie voor het onderzoeksvoorstel door een ad-hoc commissie niet meer mogelijk zou zijn en dat niet met zekerheid is vast te stellen wat de uitkomst zou zijn geweest indien de aanvraag wel zorgvuldig zou zijn beoordeeld, kan aan deze wettelijke verplichting tot het opnieuw nemen van een besluit op de aanvraag niet afdoen. Dat geldt ook de door het bestuur gestelde werkdruk voor de organisatie en commissieleden.

Ter zitting heeft het bestuur erkend dat appellant met een voorlopige score van 1,9 voor zijn voorstel en een derde plaats op de voorlopige prioriteringslijst in subsidieronde Veni 2012 een uitstekende uitgangspositie had en dat indien appellant een gemiddelde score zou hebben behaald voor zijn interview, de totale score zodanig zou zijn dat appellant op de prioriteringslijst op plaats elf of hoger zou zijn geëindigd en daarmee aanspraak zou hebben gemaakt op de gevraagde subsidie. Gelet hierop bestaat aanleiding de toekenning van de subsidie door de rechtbank in stand te laten.

Appellant 2,
en
Het bestuur.

Procesverloop

Bij besluit van 19 juli 2012 heeft het bestuur een aanvraag van appellant 2 om hem Veni-subsidie 2012 voor zijn onderzoeksvoorstel 'Facing the brain challenge: from foundations to applications' te verlenen afgewezen.

Bij besluit van 17 juli 2013 heeft het bestuur het door appellant 2 daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Naar aanleiding van de tussenuitspraak van de rechtbank van 14 mei 2014 heeft het bestuur bij besluit van 28 juli 2014 het door appellant 2 daartegen gemaakte bezwaar gedeeltelijk gegrond verklaard.

Bij uitspraak van 19 december 2014 heeft de rechtbank het door appellant 2 daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard, het besluit van 28 juli 2014 vernietigd, het besluit van 19 juli 2012 herroepen en bepaald dat het bestuur aan appellant 2 een Veni-subsidie toekent ter hoogte van € 250.000 voor zijn onderzoeksvoorstel. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; red.).